

Een kwart eeuw

*Privaatrechtelijke opstellen, aangeboden aan
prof. mr. H.J. Snijders ter gelegenheid van zijn emeritaat*

De Europese lijst van verdachte bedingen: oranje, blauw of toch een tint van grijs?

Charlotte Pavillon¹

1. De Nederlandse lijsten: zwart en grijs

Je bent wel een beetje beroepsgek als je bij de titel van de gehypte damesroman *Vijftig Tinten Grijs* aan bewijsvermoedens denkt. Of hier inhoudelijk ook reden toe is, waag ik te betwijfelen, al moet ik toegeven dat ik het boek niet heb gelezen. Het zij mij vergeven. Ik laat die vraag dan ook rusten. In deze bijdrage ga ik in op de kleur van de Europese lijst anno 2016, een veel pikantere vraag. Alvorens ik mijn kleurenwaaier ter hand neem, sta ik stil bij de donkergetinte Nederlandse lijsten. De bijna 25 jaar geleden in werking getreden afdeling 6.5.3 BW inzake de algemene voorwaarden bevat een tweetal lijsten van bedingen die enerzijds *geacht* en anderzijds *vermoed* worden onredelijk bezwarend te zijn. Aan deze zwarte resp. grijze lijst ontleent de consument² – een grote mate van bescherming. De lijsten geven invulling aan de open norm van art. 6:233 onder a BW waarmee art. 3 lid 1 Richtlijn oneerlijke bedingen is geïmplementeerd.³ De lijsten zelf vormen een zogeheten ‘nationale kop’ omdat zij meer bescherming bieden dan de minimumrichtlijn vereist.

Bij de zwarte lijst (art. 6:236 BW) hoeft de wederpartij slechts te stellen (en zo nodig te bewijzen) dat zij een consument is en dat het beding op de lijst prijkt, de overige omstandigheden van het geval doen er niet toe.⁴ Zwarte bedingen zijn doorgaans ‘strak’ gedefinieerd, wat aantonen dat de lijst van toepassing is, vereenvoudigt. Gelet op de rechtspraak van het HvJ inzake de ambtshalve toetsing van oneerlijke bedingen⁵ vervalt deze stellast⁶ indien de rechter op grond van de hem beschikbare feiten vermoedt dat sprake is van een zwart beding. In paragraaf 3

¹ Mr. dr. drs. C.M.D.S. Pavillon is universitair docent Burgerlijk recht aan de Universiteit Leiden.

² En in zeker opzicht, dankzij het mechanisme van de reflexwerking, ook de kleine ondernemer.

³ Richtlijn 93/13/EEG van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, *PbEG* 1993, L 95/29.

⁴ Jac. Hijma, *Algemene voorwaarden* (Mon. Nieuw BW B55), Deventer: Kluwer 2010, nr. 28.

⁵ Zie o.m. HvJ EG 4 juni 2009, C-243/08 (*Pannon*) en HvJ EU 9 november 2010, C-137/08 (*Pénzügyi Lízing*).

⁶ In navolging van H.J. Snijders, ‘Bewijsvermoedens nader beschouwd. Mede in het licht van de actuele discussie over vergoeding van mijnbouwschade’, *NJB* 2015/1902, p. 2665 gebruik ik deze term ook maar eens.

wordt hier nader op ingegaan. Tegenbewijs aangaande het onredelijk bezwarend karakter van het beding is uitgesloten.⁷ Wel mag de gebruiker de overeenstemming van het beding met de definitie van de zwarte lijst betwisten.

De grijze lijst (art. 6:237 BW) bevat een lange reeks bewijsvermoedens ten gunste van de consumentwederpartij. De wederpartij kan ook bij deze lijst volstaan met stellen (en zo nodig bewijzen) dat zij consument is en dat het beding met een lijstdefinitie overeenkomt. Overige omstandigheden aanvoeren is niet nodig. De grijze bedingen zijn doorgaans breder geformuleerd dan de zwarte bedingen, wat het aantonen dat aan een lijstdefinitie is voldaan soms iets lastiger maakt. Bewijzen dat een termijn 'ongebruikelijk lang'⁸ is, is ingewikkelder dan bewijzen dat een periode korter of langer is dan drie maanden.⁹ In het licht van genoemde EU-rechtspraak wordt ook de consument die niets stelt tegemoetgekomen indien de rechter op grond van de hem voorliggende informatie vermoedt dat sprake is van een grijs beding. Hoewel bij een bewijsvermoeden van een *omkering* van de bewijslast (ofwel het bewijsrisico) geen sprake is,¹⁰ komt het hier bij de grijze lijst wel op neer. Voor het vermoeden draagt de consument immers geen bewijsrisico.¹¹

Aan de bewijslast van de gebruiker worden daarentegen strenge eisen gesteld.¹² De gebruiker van een grijs beding mag tegenbewijs leveren teneinde het vermoeden van onredelijk bezwarendheid te weerleggen. Het soms lastig te leveren tegenbewijs wordt beoordeeld aan de hand van de gezichtspunten bij de open norm. Bij sommige bedingen is de op de gebruiker rustende bewijslast nader gepreciseerd door de wetgever: als sprake is van een uitzonderingsclausule zoals bijvoorbeeld bij onder h en i ('behoudens') en onder k en n ('tenzij'), dan dient het bewijs de toepasselijkheid van deze clausule te betreffen.¹³

2. De kleur van de Europese lijst: blauw of oranje

Met de inwerkingtreding van de Richtlijn oneerlijke bedingen kwam in 1995 een derde lijst in beeld.¹⁴ De bijlage bij deze richtlijn bevat een *indicatieve* lijst van

⁷ Hijma 2010, nr. 28.

⁸ Zie bijv. art. 6:237 onder a en e BW.

⁹ Zie bijv. art. 6:236 onder i en p BW.

¹⁰ Snijders 2015, p. 2667. Doorgaans wordt slechts de bewijsleveringslast (tijdelijk) omgekeerd en niet het bewijsrisico.

¹¹ M.J.A.M. Ashmann, *De weg naar het civiele vonnis*, Den Haag: BJu 2011, p. 207. Zie ook M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, Den Haag: BJu 2013, nr. 179.

¹² C.M.D.S. Pavillon, *Open normen in het Europees consumentenrecht: de oneerlijkheidsnorm in vergelijkend perspectief* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2011, nr. 141; Loos 2013, nr. 289 en Rb. Almelo 27 januari 2009, ECLI:NL:RBALM:2009:BH1279.

¹³ Hijma 2010, nr. 28.

¹⁴ De Europese lijst is eigenlijk tweeledig: bijlage 1 van de Richtlijn bevat een lid 1 waarin de verschillende potentieel oneerlijke bedingen worden gedefinieerd en een lid 2 waarin een aantal uitzonderingen is opgenomen.

bedingen die als oneerlijk kunnen worden aangemerkt (art. 3 lid 3 Richtlijn).¹⁵ Deze lijst komt voor een groot deel overeen met de nationale lijsten maar er zijn enkele noemenswaardige verschillen: op de nationale lijsten ontbreken tot op heden het boetebeding (onder e) en het wijzigingsbeding (onder j). Tot aan 1 januari 2015 ontbrak hierop ook het arbitragebeding (onder q). De Europese lijst is facultatief in de zin dat lidstaten niet verplicht zijn om haar om te zetten.¹⁶ De Nederlandse wetgever heeft ervan afgezien om de nationale lijsten aan te vullen bij de omzetting van de richtlijn.

De status die de Europese lijst kreeg toebedeeld is een vrij zwakke. De lijst is vergeleken met *soft law* waarmee de rechter rekening houdt bij de richtlijnconforme uitleg van de open norm.¹⁷ Zij is blauw¹⁸ en oranje¹⁹ gekleurd maar nadrukkelijk grijs noch zwart. Dat een beding aan een definitie van de Europese lijst voldoet, sorteert een argumentatief effect maar levert geen vermoeden van onredelijk bezwarendheid op. De geslaagde toetsing aan de Europese lijst vormt slechts een omstandigheid van het geval bij de toetsing van een beding aan art. 6:233 onder a BW. Of deze omstandigheid beslissend is, staat ter beoordeling van de rechter.²⁰ Hij waardeert bij de toetsing aan de open norm alle hem beschikbare omstandigheden, ook zij die door de gebruiker in zijn verweer zijn aangedragen.

In de praktijk is de omstandighedentoets bij een boetebeding vaak toegespitst op onder e van de Europese lijst.²¹ Onder e betreft een beding dat tot doel of tot gevolg heeft dat 'de consument die zijn verbintenissen niet nakomt, een onevenredig hoge schadevergoeding op te leggen'. Ook de toetsing van wijzigingsbedingen aan de open norm komt in recente rechtspraak veelal neer op een toetsing aan onder j²² waarin een beding dat tot object of doel heeft om 'de verkoper te machtigen zonder geldige, in de overeenkomst vermelde reden eenzijdig de voorwaarden van de

15 De lijst heeft haar oorspronkelijk toebedeelde zwarte karakter tijdens de totstandkoming van de richtlijn verloren.

16 HvJ EG 7 mei 2002, C-478/99, NJ 2003/74 (*Commissie/Zweden*).

17 M.H. Wissink, *Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2001, nr. 207.

18 J.H.M. van Erp, 'Van onredelijk bezwarend naar oneerlijk, of: van Nederzwart en Nedergrijs naar Euro-blauw', *WPNR* 1993/6079, p. 81-83. Zo wordt de lijst thans nog steeds aangeduid: Rb. Amsterdam 15 oktober 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8641.

19 Hijma 2010, nr. 8.

20 Pavillon 2011, nr. 113. Vgl. Rb. Leeuwarden 15 juli 2009, ECLI:NL:RBLLE:2009:BJ2957.

21 Vgl. Rb. Noord-Nederland 16 december 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:6304, r.o. 5.15.2, Rb. Noord-Holland 6 januari 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:1350, r.o. 4.12.

22 Hof Amsterdam 23 september 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3903, r.o. 2.6.2; Rb. Amsterdam 11 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7848, r.o. 5.18 e.v. Zie echter: Rb. Amsterdam 2 juli 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:4507, r.o. 4.3.

overeenkomst te wijzigen' als potentieel oneerlijk wordt bestempeld.²³ De rechter concentreert zich op de op het beding toegesneden gezichtspunten uit de lijst (mogelijkheid tot ontbinding, transparantie van het beding, vermelding geldige redenen voor opzegging) ten koste van de ruimere gezichtspunten uit art. 6:233 onder a BW, meestal omdat hieromtrent niets is gesteld.²⁴

Worden die omstandigheden wel aangevoerd, dan dient de rechter deze mee te laten wegen. De toetsing van een wijzigingsbeding in de erfpachtvoorwaarden door het Hof Amsterdam is in dat licht bijvoorbeeld ten onrechte beperkt tot een toetsing aan onder j van de Europese lijst.²⁵ Het arrest hield mede om deze redenen geen stand. In cassatie benadrukt de Hoge Raad dat *'bij een dergelijk beding dient te worden nagegaan of het in de context die aan de orde is, een aanzienlijke en onge-rechtvaardigde verstoring oplevert van het evenwicht in de zin van art. 3 lid 1 Richtlijn 93/13/EEG. Het oordeel dat dit het geval is, behoeft een specifieke motivering waarin wordt ingegaan op de relevante omstandigheden van het geval'*.²⁶ De aanbeveling om direct aan de richtlijn te toetsen, zonder het nationale toetsingskader van art. 6:233 sub a BW te noemen, is opmerkelijk. Ook opmerkelijk is dat in het rijtje omstandigheden dat volgens de Raad relevant is bij deze toetsing, niet aan de in de Europese jurisprudentie nader uitgewerkte gezichtspunten uit de Europese lijstdefinitie wordt gerefereerd (hierna, par. 5).

23 Onder j dient men in samenhang te beschouwen met onder b van de 'tweede lijst' (een korte lijst met enige uitzonderingen). Hieruit blijkt dat onder j niet in de weg staat 'aan bedingen waarbij de leverancier van financiële diensten zich het recht voorbehoudt de door of aan de consument te betalen rentevoet of het bedrag van alle andere op de financiële diensten betrekking hebbende lasten bij geldige redenen zonder opzegtermijn te wijzigen, mits de verkoper verplicht wordt dit zo spoedig mogelijk ter kennis te brengen van de andere contracterende partij(en) en deze vrij is (zijn) onmiddellijk de overeenkomst op te zeggen'. Onder j staat evenmin in de weg aan 'bedingen waarbij de verkoper zich het recht voorbehoudt de voorwaarden van een overeenkomst voor onbepaalde tijd eenzijdig te wijzigen, mits hij verplicht is de consument daarvan redelijke tijd vooraf in kennis te stellen en het de laatste vrijstaat de overeenkomst te ontbinden'.

24 In Rb. Noord-Nederland 16 december 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:6304, r.o. 5.15.2 wordt een niet relevante uitspraak aangehaald door verweerder. In Rb. Noord-Holland 6 januari 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:1350, r.o. 4.12 ligt de focus op de onevenredigheid van de boete.

25 Hof Amsterdam 23 september 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3903, r.o. 2.6.2 waarover: F.J. Vonck, 'Eenzijdige wijzigingsbevoegdheden in erfpachtvoorwaarden', in: L.C.A. Verstappen & F.J. Vonck (red.), *Naar een verbeterde vastgoedketen*, Den Haag: BJu 2015, p. 61-63. Het hof had behalve aan onder j bijv. ook aandacht moeten besteden aan de aard van de rechtsverhouding tussen de gemeente als erfverpachter en de erfpachters. De gemeente had verschillende omstandigheden gesteld die niet door het hof in zijn motivering zijn betrokken: HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769, r.o. 5.1.5 e.v. in lijn met conclusie A-G M.H. Wissink, ECLI:NL:PHR:2016:3, r.o. 6.36 en 6.38.

26 HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769, r.o. 5.1.6.

3. De ambtshalve toetsing van bedingen in algemene voorwaarden

De inhoudelijke beoordeling van algemene voorwaarden kan niet meer los worden gezien van de verplichting om oneerlijke bedingen ambtshalve uit te schakelen.²⁷ De nationale rechter moet als hij over de daartoe noodzakelijke gegevens, feitelijk en rechtens, beschikt om te *vermoeden* dat het beding onder de werkingssfeer van de richtlijn valt en zo ja, oneerlijk is, vaststellen of dat inderdaad het geval is.²⁸ Of een beding onder het toepassingsbereik van de oneerlijkheidstoets valt, hangt af van de vraag of sprake is van een consument en van een beding waar niet over is onderhandeld. Voorts moet het beding de rechter verdacht voorkomen, bijvoorbeeld omdat het op een lijst voorkomt.²⁹

Bij het beantwoorden van deze vragen treedt de nationale rechter zo nodig buiten de grenzen van de rechtsstrijd. Hij heeft toegang tot alle feiten in het dossier en moet, indien nodig, zelf op zoek gaan naar aanvullende feiten.³⁰ Op dit punt lijkt de Hoge Raad meer van de rechter te verlangen dan het HvJ EU, dat slechts aan de toepasselijkheidsvraag en niet ook aan het oneerlijkheidsonderzoek een instructieplicht koppelt.³¹ De verplichting voor de rechter om ambtshalve op te treden vloeit voort uit het effectiviteitsbeginsel en meer specifiek uit het hiermee samenhangende beginsel van effectieve rechtsbescherming.³² De ambtshalve toetsingsverplichting geldt niet slechts in eerste aanleg maar ook in hoger beroep, waarin de rechter buiten de grieven om tot een ambtshalve toets moet overgaan.³³ In hoger beroep volstaat dat door partijen tegen de toe- of afwijzing van een op een beding gebaseerde vordering is opgekomen.³⁴

²⁷ Zie hierover H.J. Snijders, 'New developments in national rules for ex officio raising of points of community law by national courts', in: A.S. Hartkamp e.a. (red.), *The influence of EU law on national private law*, serie Onderneming en Recht, deel 81-I, Deventer: Kluwer 2014.

²⁸ HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, *TvC* 2013-6, m.nt. M.B.M. Loos en R.R.M. de Moor; *NJ* 2014/274, m.nt. H.B. Krans; *TvPP* 2014-3, m.nt. C.M.D.S. Pavillon (*Heesakkers/Voets*), r.o. 3.5.3, 3.9.1, 3.9.3 en 3.10.

²⁹ Vgl. C.M.D.S. Pavillon, 'Het LOVCK-rapport Ambtshalve toetsing II kritisch getoetst', *TvC* 2015-3, p. 130.

³⁰ Bijv. door aanwending van zijn in art. 21 en 22 Rv neergelegde bevoegdheden tot het bevelen tot toelichting van stellingen en/of het overleggen van bescheiden.

³¹ Pavillon 2015, p. 130.

³² A.G.F. Ancery, *Ambtshalve toepassing van EU-recht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2012, nr. 172 e.v.; R. Meijer, 'The Rewe/Comet "doctrine" and its implications on national private law', in: A.S. Hartkamp e.a. (red.), *The influence of EU law on national private law*, serie Onderneming en Recht, deel 81-I, Deventer: Kluwer 2014, p. 48-51.

³³ HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, *TvC* 2013-6, m.nt. M.B.M. Loos en R.R.M. de Moor; *NJ* 2014/274, m.nt. H.B. Krans; *TvPP* 2014-3, m.nt. C.M.D.S. Pavillon (*Heesakkers/Voets*), r.o. 3.6.3 en HR 26 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:340.

³⁴ De rechter in tweede aanleg dient de toets als ware het een regel van openbare orde buiten het door de grieven ontsloten gebied toe te passen.

Vaststaat dat er in beginsel geen stellast rust op de met een oneerlijk beding geconfronteerde consument. Hij hoeft niets te stellen wat betreft zijn hoedanigheid als consument³⁵ noch wat betreft het onredelijk bezwarend karakter van het beding. Dit alles dient de rechter zelf op te maken uit de hem voorliggende, soms door hem actief opgespoorde feiten, met inachtneming van het beginsel van hoor en wederhoor (art. 19 Rv en art. 47 Handvest).³⁶

4. De rol van de Europese lijst bij de ambtshalve toetsing aan de open norm

Bij de ambtshalve toetsing spelen lijsten – zowel de nationale als de Europese – een wezenlijke rol. In geval van *gelijkenis* van een beding met een definitie op de nationale lijsten is zonder meer sprake van een verdacht beding dat aan de oneerlijkheidstoets moet worden onderworpen. Deze toets verloopt bij de nationale lijsten als volgt. De rechter kan, indien hij beschikt over de tekst van het beding, gelet op de strakke definities van art. 6:236 BW, tamelijk eenvoudig vaststellen dat het gaat om een zwart beding en daarmee de toetsing afronden. Omwille van het beginsel van hoor en wederhoor zal de gebruiker nog wel in de gelegenheid moeten worden gesteld om te reageren en de toepasselijkheid van de lijst gemotiveerd te betwisten. Om vast te stellen dat een beding grijs is, is er soms meer informatie nodig dan bij de toetsing aan de zwarte lijst. Naar deze informatie dient de rechter zo nodig eigener beweging op zoek te gaan. Meestal kan hij op basis van het dossier concluderen dat sprake is van een grijs beding. De gebruiker krijgt dan de gelegenheid om het vermoeden te weerleggen.³⁷ Hiermee wordt voldaan aan het beginsel van hoor en wederhoor. De zwarte en grijze lijsten zijn essentiële aangrijpingspunten bij de ambtshalve toetsing, en één van de redenen waarom deze toetsing zo soepel verloopt in de Nederlandse rechtspraak.

Een ‘vermoeden’ van oneerlijkheid ontleent de Nederlandse rechter ook regelmatig aan het feit dat een beding gelijkenis vertoont met een beding op de Europese lijst. Deze lijst is van groot belang bij de aanpak van bedingen die niet op een nationale maar wel op de Europese lijst staan. In de Nederlandse rechtspraak heeft met name de definitie onder e ervoor gezorgd dat ‘boetebedingen’ op grote schaal *ambtshalve* zijn vernietigd.³⁸ Het LOVCK leunt in zijn aanbevelingen nopens de ambtshalve

35 HvJ EU 4 juni 2015, C-497/13 (*Faber/Hazet Ochten*).

36 HvJ EU 21 februari 2013, C-472/11, NJ 2013/326, m.nt. M.R. Mok (*Banijf*). In verstekzaken kan alleen de gebruiker worden gehoord.

37 Rb. Arnhem 27 april 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BJ1729; Hof Den Haag 1 september 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2303, r.o. 8.

38 Ook onder o wordt soms aangewend. Onder o betreft bedingen die tot doel of tot gevolg hebben ‘de consument te verplichten al zijn verbintenissen na te komen, zelfs wanneer de verkoper zijn verbintenissen niet uitvoert’. Zie Hof Amsterdam 15 december 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:524, r.o. 2.5.

toetsing stevig op de Europese lijst en richt zijn aan onder e ontleende pijlen op boetebedingen in huur-, creditcard- en mobiele telefoonzaken. De volgende overweging uit een kortgedingvonnis is illustratief voor de wijze waarop in de lagere rechtspraak met de lijst wordt omgegaan wanneer een boetebeding in algemene voorwaarden ambtshalve wordt aangepakt.

‘Ten aanzien van de door eiseres gevorderde betaling door gedaagde sub 1 van een boete van EUR 4.538,- wordt overwogen dat gedaagde sub 1 voorshands als een consument dient te worden aangemerkt, nu het gehuurde niet alleen op bedrijfsruimte/atelierruimte maar ook woonruimte ziet en gedaagde sub 1 een natuurlijk persoon is. Het beding op grond waarvan de boete wordt gevorderd betreft een algemene voorwaarde. Ingevolge artikel 3 lid 3 van de Richtlijn oneerlijke bedingen kunnen als oneerlijk worden aangemerkt onder meer de bedingen die zijn opgenomen in de bijlage bij deze richtlijn. Tot die bedingen behoort het beding (artikel 1 aanhef en onder e) dat tot doel of tot gevolg heeft ‘de consument die zijn verbintenissen niet nakomt, een onevenredig hoge schadevergoeding op te leggen’. Nu in het beding waarop de gevorderde boete is gebaseerd geen limiet is gesteld aan de te verbeuren boete kan de boete oplopen tot een bedrag dat in geen redelijke verhouding meer staat tot de geleden schade. Dit maakt het beding voorshands onredelijk bezwarend.’³⁹

Nadat de rechter de toepasselijkheid van de richtlijn heeft vastgesteld (er is sprake van een consument en van een algemene voorwaarde), vervolgt hij de toetsing door de open norm aan de hand van het in onder e vervatte gezichtspunt – de onevenredig hoge schadevergoeding – te concretiseren. Het feit dat het beding niet is gemaximeerd leidt tot het oordeel dat het beding voorshands onredelijk bezwarend is.⁴⁰ Bij de ambtshalve toetsing van boetebedingen wordt stelselmatig aangehaakt bij het centrale gezichtspunt uit onder e.⁴¹ Het uit een vergelijking met de wettelijke rente afgeleide onevenredige karakter van een boete volstaat regelmatig om het onredelijk bezwarende karakter ervan te bepalen.⁴² De toetsing van

³⁹ Rb. Amsterdam (vzr.) 19 juni 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:9453, r.o. 2.3. Zie ook Rb. Amsterdam (vzr.) 12 december 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:8887, r.o. 10.

⁴⁰ Vgl. ook Ktr. Arnhem 6 november 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:4386; Hof Amsterdam 21 januari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:950, r.o. 2.3.

⁴¹ Rb. 's-Hertogenbosch 14 april 2010, ECLI:NL:RBSHE:2010:BM1319, r.o. 6 en 7; Hof Amsterdam 15 december 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:5241, r.o. 2.5; Rb. Noord-Holland 6 januari 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:1350, r.o. 4.12.

⁴² Hof Amsterdam 29 juli 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:5414, WR 2014/105, m.nt. F. van der Hoek; Ktr. Utrecht 24 juni 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:4635, r.o. 2.3; Hof Amsterdam 7 juli 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2859, r.o. 3.5.3 en 3.5.4. Zie hierover R.H.C. Jongeneel, ‘Meer dan de wettelijke rente, maar hoeveel meer?’, *NJB* 2015/861, p. 1227-1230.

boetebedingen aan de open norm komt doorgaans neer op een *ambtshalve* toetsing aan onder e van de Europese lijst.⁴³

De ambtshalve toetsingsplicht betreft ook die bedingen die (potentieel) oneerlijk zijn op grond van de open norm.⁴⁴ Aan de rechter komt de (zware) taak toe om deze bedingen op te sporen. De toetsing aan de open norm wordt bemoeilijkt door haar onbepaalde, feitelijke karakter. De Europese lijst biedt de rechter de nodige houvast en geeft structuur aan de open norm. Het hanteren van de redelijk vastomlijnde, uit de Europese lijst afkomstige gezichtspunten vergemakkelijkt de ambtshalve toetsing aan art. 6:233 onder a BW en vergroot haar voorspelbaarheid.⁴⁵

5. De rechtspraak van het HvJ met betrekking tot de Europese lijst en de plicht tot richtlijnconforme uitleg

De lagere rechtspraak inzake de toetsing van boetebedingen is, door het toedichten van een beslissende rol aan de Europese lijst, een gezien de rechtspraak van de Hoge Raad opmerkelijke koers gaan varen. Uit het *Meurs/Newomij*-arrest (2006)⁴⁶ volgt immers dat de rechter bij de (richtlijnconforme) uitleg van art. 6:233 onder a BW niet verplicht is om de door Meurs gestelde overeenstemming met de lijst beslissend te achten.⁴⁷ Hij mag zelf bepalen welke omstandigheden de doorslag geven binnen de inhoudstoets. In de desbetreffende zaak was hij volgens 's lands hoogste rechter vrij om de omstandigheid dat een boetebeding kon worden gematigd op grond van art. 6:91 BW het meeste gewicht toe te kennen. Intussen heeft het HvJ EU duidelijk gemaakt dat oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten niet herzien mogen worden en dat Meurs het gelijk aan haar zijde had toen zij meende dat een beding in algemene voorwaarden 'eerst op inhoud (dient) te worden getoetst, eer toetsing aan het bepaalde in art. 6:94 kan

43 Hof Den Haag 20 januari 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:32, *JOR* 2015/142, m.nt. J.W.P.M. van der Velden, r.o. 19.

44 M.H. Wissink, 'Case: Supreme Court of the Netherlands. Meurs/Newomij (Judgment of the Hoge Raad der Nederlanden of 24 March 2006, J.J.G. Meurs-Van Roodselaar and F.L.M. Meurs v. BV Nederlandsche Woningfinanciering Maatschappij, Case C05/011/HR)', *ERCL* 2007/3, p. 369.

45 C.M.D.S. Pavillon, 'Beter consumentenrecht: naar een scherpere consumentvriendelijke onredelijk bezwarend-norm', *NTBR* 2011/8, nr. 4.

46 HR 24 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV1706, *NJ* 2007/15, m.nt. H.J. Snijders.

47 Dit oordeel heeft geleid tot enkele misvattingen: de Hoge Raad heeft anders dan sommige annotatoren uit het arrest opmaakte niets bepaald omtrent de rechterlijke verplichting om ambtshalve aan de richtlijn of aan de lijst bij de richtlijn te toetsen (wat volgens Wissink op hetzelfde neerkomt: een oneerlijk beding moet ambtshalve worden getoetst ongeacht of het op een lijst prijkt). In deze zaak was een beroep gedaan op de onredelijk bezwarend-norm en was van ambtshalve toetsing dus geen sprake: Wissink 2007, p. 369-370.

plaatsvinden'.⁴⁸ De matigingsbevoegdheid wordt thans dan ook terecht buiten beschouwing gelaten bij de toetsing aan art. 6:233 onder a BW in een B2C-verhouding.⁴⁹ Uit de rechtspraak van het HvJ EU volgt echter geenszins dat onder e als beslissend gezichtspunt *moet* worden gehanteerd. Wat betreft de status van de Europese lijst houdt het *Meurs/Newomij*-arrest nog steeds stand: de lijst heeft een *indicatief* karakter. Vaststaat dat de rechter andere gezichtspunten dan (die uit) de Europese lijst als doorslaggevend mag beschouwen.

Een vraag waar onduidelijkheid over bestaat is de vraag of de rechter acht *moet* slaan op de Europese lijst. In de EU-rechtspraak betreffende op de Europese lijst voorkomende bedingen zoomt het HvJ EU steevast in op de gezichtspunten uit die lijst.⁵⁰ Zo ook in het *Aziz*-arrest waarin onder e en onder q centraal staan.⁵¹ Het HvJ EU heeft ook zijn licht laten schijnen op onder j. De vermelding van de reden voor de wijziging wordt door het HvJ EU ingekleurd aan de hand van het transparantievereiste uit art. 5 Richtlijn oneerlijke bedingen (dat is omgezet in art. 6:238 lid 2 BW).⁵² In het kader van de richtlijnconforme uitleg van art. 6:233 onder a BW, die gelijke tred moet houden met genoemde EU-rechtspraak, nemen onder e en recentelijk ook j dus terecht een steeds prominentere plaats in bij de Nederlandse (ambtshalve) toetsing aan de open norm.⁵³ Hoewel zij niet beslissend zijn, *moeten* de Europese lijst en bijbehorende gezichtspunten m.i. wel in de rechterlijke afweging en motivering worden meegenomen. Zij vallen binnen het terrein van de verplichte richtlijnconforme uitleg.⁵⁴ Ik meen dat de rechter de feiten *desnoods ambtshalve* moet aanvullen met de omstandigheid dat het beding op de lijst staat indien de consument deze omstandigheid niet heeft gesteld.

48 Conclusie A-G Wesseling-van Gent voor HR 24 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV1706, NJ 2007/15, m.nt. H.J. Snijders, sub 2.63. HvJ EU 30 mei 2013, C-488/11, (*Asbeek Brusse*), r.o. 60, waarin het Hof aansluit bij HvJ EU 14 juni 2012, C-618/10, NJ 2012/512, m.nt. M.R. Mok, (*Banco Español de Crédito*), r.o. 65-69. De matigingsbevoegdheid mag echter geen rol meer spelen: om te voorkomen dat onredelijke boetebedingen hun sanctie ontlopen, mag die bevoegdheid de uitkomst van de oneerlijkheidstoets niet langer beïnvloeden, nog afgezien van het feit dat zij geen betrekking heeft op het beding zelf, de overeenkomst of de wijze waarop zij tot stand is gekomen.

49 Hof Amsterdam 15 december 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:524, r.o. 2.10; Ktr. Amsterdam 15 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:9254, r.o. 18; Rb. Noord-Holland 6 januari 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:1350, r.o. 4.14.

50 C.M.D.S. Pavillon, 'Wat maakt een beding oneerlijk? Het Hof wijst ons (eindelijk) de weg', *TvC* 2014-4, p. 163-172.

51 HvJ EU 14 maart 2013, C-415/11, NJ 2013/374, m.nt. M.R. Mok (*Aziz*).

52 HvJ EU 26 april 2012, C 472/10, NJ 2012/404 (*Invitel*), r.o. 30-31 en HvJ EU 21 maart 2013, C-92/11 (*RWE*), r.o. 52. Zie ook HvJ EU 30 april 2014, C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282 (*Kásler*).

53 Tot aan de opname van het arbitragebeding op de zwarte lijst werd ook onderdeel q vaak bij de toetsing aan de open norm betrokken.

54 Anders: Hijma 2010, nr. 8; vgl. conclusie A-G Wesseling-van Gent voor HR 24 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV1706, NJ 2007/15, m.nt. H.J. Snijders, nr. 2.51.

Een tweede vraag waar verschillend over wordt gedacht is de vraag of de rechter binnen de toetsing aan art. 6:233 onder a BW mag volstaan met de toetsing aan de Europese lijst, zoals in bovenstaand kortgedingvonnis.⁵⁵ Dat de gezichtspunten uit de lijst in de praktijk de uitkomst van de toetsing bepalen, is, gelet op de waarde die het HvJ EU aan die gezichtspunten hecht, niet verwonderlijk. Het HvJ EU moedigt dit ook aan door te benadrukken dat de indicatieve bijlage ‘een wezenlijk aspect (vormt) waarop de bevoegde rechter zijn beoordeling van het oneerlijke karakter van dat beding kan baseren’.⁵⁶ Door de nadruk te leggen op de Europese lijst en daarin opgenomen gezichtspunten, heeft het HvJ EU de betekenis hiervan nadrukkelijk onderstreept. Volgens Snijders staat een tot de lijst beperkte toetsing echter op gespannen voet met de in art. 4 Richtlijn voorgeschreven omstandighedentoets.⁵⁷ Voorop staat dat de lijst geen zelfstandige rechtsgrond vormt en dat de toetsing hieraan altijd onderdeel moet zijn van de toetsing aan de onredelijk bezwarend-norm.⁵⁸

De geconstateerde spanning zou ik evenwel graag willen nuanceren. Waar het HvJ EU in het *Invitel*-arrest aangeeft dat de lijst niet ‘uit zichzelf’ bepalend is, bedoelt het te zeggen dat de vaststelling *in concreto* van de aanzienlijke verstoring van het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen ten nadele van de consument (art. 3 lid 1 Richtlijn) doorslaggevend is.⁵⁹ De Hoge Raad heeft in de eerder aangehaalde zaak betreffende de eenzijdige herzieningsbevoegdheid van de erfpachtcanon van de Gemeente Amsterdam hetzelfde overwogen: deze verstoring moet worden vastgesteld en onderbouwd aan de hand van de relevante omstandigheden van het geval.⁶⁰ De toetsing aan een definitie van de Europese lijst kan gelet op de hierin opgenomen gezichtspunten, zoals uitgelegd door het HvJ, echter zonder meer neerkomen op een omstandighedentoets. Het is daarom goed denkbaar dat de relevante omstandigheden waarover de rechter beschikt ter concretisering van de verstoringstoets (ofwel de onredelijk bezwarend-norm) allemaal kunnen worden ‘opgehangen’ aan de gezichtspunten uit de lijstdefinitie. De toetsing aan de lijst vormt dan een omstandighedentoets op zich.

55 Rb. Amsterdam (vzr.) 19 juni 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:9453, r.o. 2.3.

56 HvJ EU 26 april 2012, C-472/10, *NJ* 2012/404 (*Invitel*), r.o. 26. Zie ook Rb. Amsterdam 23 april 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:4642, r.o. 4.7.

57 Noot H.J. Snijders onder HR 24 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV1706, *NJ* 2007/15, nr. 3c.

58 Op 15 december 2015 maakte het Hof Amsterdam zijn voornemen bekend om over ‘boetebedingen’ in effectenleaseovereenkomsten vragen te stellen aan de Hoge Raad: Hof Amsterdam 15 december 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:5241, r.o. 2.14. Het hof wil onder meer weten of een beding in de zin van onder e van de Europese lijst op die grond als oneerlijk moet worden aangemerkt. Naar huidig recht zal de Hoge Raad waarschijnlijk oordelen dat het voorkomen op de Europese lijst niet volstaat om het beding als onredelijk bezwarend aan te merken.

59 Een directe verwijzing naar art. 4 ontbreekt opmerkelijk genoeg in de aangehaalde jurisprudentie: het HvJ EU refereert in zijn overwegingen aangaande de toetsing van het beding slechts aan art. 3 en 5 (het transparantievereiste).

60 HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769, r.o. 5.1.6.

Bij een wijzigingsbeding zullen de gestelde omstandigheden veelal betrekking hebben op het (on)gerechtvaardigde van de wijzigingsbevoegdheid (onder j van lid 1) en de mogelijkheid tot opzegging (onder b van lid 2). In het *RWE*-arrest (r.o. 54) benadrukt het HvJ EU dat de daadwerkelijke mogelijkheid om op te zeggen essentieel is. Bij een boetebeding zal het partijdebat zich al snel op het onevenredige karakter van de boete concentreren (onder e). Ingeval *alle* voorliggende omstandigheden van het geval specifieke gezichtspunten uit de lijst betreffen, zal de toetsing aan de onredelijk bezwarend-norm neerkomen op een toetsing aan die lijst. Mij komt voor dat hoewel de rechter dan binnen de lijntjes van de definitie kleurt, er wel degelijk sprake is van een omstandighedentoets in de zin van art. 6:233 onder a BW. Van belang is dat de open norm in conformiteit met art. 3 lid 1 Richtlijn wordt geïnterpreteerd: de *concrete* verstoring ofwel onredelijk bezwarendheid van het beding gelet op de omstandigheden van het geval geeft de doorslag, niet het voorkomen van het beding op de lijst. Dit moet duidelijk uit de rechterlijke motivering blijken.

6. De kleur van de Europese lijst: toch (zacht) grijs?

Terug naar de stel- en bewijslast van de consument bij de toepassing van de Europese lijst: welke kleur past het beste bij de Europese lijst zoals zij in de lagere rechtspraak wordt aangewend? Over de stel- en bewijslast van de consument bij een beroep op de Europese lijst laat het HvJ zich niet uit. De wijze waarop de onredelijk bezwarendheid van een beding dat wel op de Europese maar niet op een nationale lijst staat naar nationaal recht wordt vastgesteld bepaalt de zwaarte van de stel- en bewijslast van de consument, dat wil zeggen de eisen die hieraan worden gesteld. In het *Marrum/Wolff*-arrest oordeelde de Hoge Raad dat het arbitragebeding dat destijds nog slechts op de Europese lijst voorkwam aan een *omstandighedentoets* moest worden onderworpen waarbij de stel- en bewijslast in beginsel bij de consument ligt.⁶¹ Het latere *Heesakkers/Voets*-arrest⁶² betreft een situatie waarin dit beginsel niet opgaat: indien de rechter vermoedt dat hij te maken heeft met een oneerlijk beding moet ook de consument die niets heeft gesteld omtrent die oneerlijkheid worden beschermd door een ambtshalve toetsing van het beding. Bedingen die prijken op de Europese lijst – met name boetebedingen – worden vaak geacht oneerlijk te zijn als aan de definitie van de lijst is voldaan. Bij de ambtshalve toetsing van deze bedingen rust op de consument geen stellast. Bij gebrek aan feiten die relevant zijn voor de beoordeling van de onredelijkheid van een beding op de Europese lijst vult de rechter de gezichtspunten uit de lijst en bijbehorende jurisprudentie van het HvJ EU zelf in, met behulp van gegevens in

61 HR 21 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW6135, *NJ* 2013/431, m.nt. H.J. Snijders; *TBR* 2012/206, m.nt. C.M.D.S. Pavillon. Deze uitspraak sluit aan bij HvJ EG 1 april 2004, C-237/02, *NJ* 2005, 75 (*Hofstetter*), r.o. 23.

62 HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, *TvC* 2013-6, m.nt. M.B.M. Loos en R.R.M. de Moor; *NJ* 2014/274, m.nt. H.B. Krans; *TvPP* 2014-3, m.nt. C.M.D.S. Pavillon (*Heesakkers/Voets*).

het dossier.⁶³ Deze gezichtspunten (zoals de transparantie-eis) bieden in zoverre uitkomst dat zij veelal kunnen worden ingekleurd door beschikbare gegevens als de dagvaarding en het contract. Het wel of niet bestaan van een geldige reden voor een wijziging en de mogelijkheid om te ontbinden maar ook het van de wet afwijkende of ongelimiteerde karakter van een boetebeding kunnen hier over het algemeen tamelijk eenvoudig uit worden afgeleid.

Ook wanneer de consument wel een beroep doet op de onredelijk bezwarendheid van een beding uit de Europese lijst maar nalaat om dit beroep te onderbouwen, worden er lage eisen gesteld aan zijn stellast. De rechter komt hem tegemoet door ambtshalve de lijstdefinitie als gezichtspunt aan te voeren ter substantiëring van het beroep op de open norm.⁶⁴ Een dergelijke benadering voorkomt dat er ongelijkheid ontstaat ten aanzien van de aan de Europese lijst te ontnemen bescherming.⁶⁵ Het kan niet zo zijn dat de consument beter wordt beschermd indien hij helemaal niets stelt.

Als gezegd is de toetsing van een boete- of wijzigingsbeding aan de open norm veelal *beperkt* tot de toetsing *in concreto* aan de gezichtspunten uit de Europese lijst. De gerichtheid op deze gezichtspunten preciseert de stellast van de consument, zoals de grijze lijst de bewijslast van de gebruiker vaak nader afbakt. Als de consumentwederpartij ter substantiëring van haar beroep op de open norm volstaat met het aandragen van omstandigheden ter invulling van de definitie van de lijst dan acht de rechter dit in de geraadpleegde gevallen toereikend.⁶⁶ Tenzij verder eveneens omstandigheden aandraagt, vindt de toetsing plaats aan de hand van het door de consument gestelde.⁶⁷ De open norm wordt bij boete- en wijzigingsbedingen van scherpe contouren voorzien en de in beginsel feitelijke toetsing geschiedt vrij abstract, met inachtneming van een beperkte hoeveelheid omstandigheden.⁶⁸

De ambtshalve toetsing van bedingen aan de Europese lijst leent zich bijzonder goed voor een verschuiving van de stel- en bewijslast naar de gebruiker: de rechter vult zelf de open norm in aan de hand van de gezichtspunten uit de lijst, kleurt

63 Zie bijv. Rb. Midden-Nederland 2 september 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:6873 en 4 november 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:8258 (verwijst naar de wet en de transparantie-eis uit art. 5 Richtlijn).

64 Hof Amsterdam 23 september 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3903, r.o. 2.6.2; Rb. Amsterdam 11 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7848, r.o. 5.18. Zie daarentegen: Rb. Amsterdam 2 juli 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:4507, r.o. 4.3.

65 De Europese lijst wordt evenwel ook ambtshalve aangewend ten behoeve van een *a contrario* redenatie: Hof Amsterdam 12 augustus 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014: 3563 en 3638, r.o. 3.4, *TvC* 2015-1, m.nt. Spanjaard, waarmee ook de verweerder tegemoet wordt gekomen: Rb. Amsterdam 15 oktober 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8641, r.o. 12-14.

66 Rb. Amsterdam 23 april 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:4642, r.o. 4.11 (alle gestelde omstandigheden zien op de onevenredigheid van de boete); Rb. Noord-Nederland 16 december 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:6304, r.o. 5.15.1.

67 Rb. Noord-Nederland 16 december 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:6304, r.o. 5.15.2. In deze zaak verweerde gebruiker zich door te wijzen op een niet voor de oneerlijkheidstoets relevante zaak.

68 Vgl. noot H.J. Snijders onder HR 24 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV1706, *NJ* 2007/15, nr. 4a.

deze met de hem ter beschikking staande feiten en laat vervolgens in het kader van de hoor en wederhoor de gebruiker het ‘rechterlijk vermoeden’ van oneerlijkheid weerleggen.⁶⁹ Laat de gebruiker dit na, dan wordt het beding uitgeschakeld.⁷⁰ Het mechanisme van de ambtshalve toetsing maakt van de Europese lijst als het ware een grijze lijst.⁷¹ Maar de Europese lijst krijgt soms ook een grijs tintje in gevallen waarin de consument bij een beroep op art. 6:233 onder a BW een voldoende onderbouwd beroep doet op de Europese lijst: de gebruiker is vervolgens aan zet om tegenbewijs te leveren.⁷² De stel- en bewijslast van de consument is dan gering en vergelijkbaar met die van een consument die zich beroept op de nationale lijsten. In het licht van de ambtshalve toetsingspraktijk is een dergelijke verdeling van de stel- en bewijslast gerechtvaardigd. Er moet worden gewaakt voor een discrepantie tussen de bewijspositie van de consumentwederpartij die geen beroep doet op de open norm en zij die dat wel doet en nalaat dit beroep te substantiëren.

7. Conclusie

Uit de voor dit onderzoek nageslagen rechtspraak blijkt dat de rechter bijzonder veel aandacht schenkt aan de Europese lijst van potentieel oneerlijke bedingen. Bij de toetsing aan de open norm van bedingen die niet op een nationale maar wel op de Europese lijst prijken – boete- en wijzigingsbedingen – beperkt hij zich regelmatig tot de gezichtspunten die uit die lijst (en bijbehorende EU-rechtspraak) voortvloeien. Wordt aan de definitie van de lijst voldaan, dan ontstaat veelal een ‘vermoeden van oneerlijkheid’ dat de gebruiker van het beding dient te weerleggen. De gelijkenis met de grijzelijsbenadering is treffend.

De lijst bij de richtlijn heeft duidelijk invloed op de in Nederland levende rechtsopvattingen. Net als destijds bij het arbitragebeding, tekent die invloed zich duidelijk af in de lagere jurisprudentie met betrekking tot boete- en wijzigingsbedingen in consumentenovereenkomsten. Op de van oudsher als eerlijk beschouwde bedingen rust thans een zekere verdenking. De gewijzigde opvattingen zouden maar mijn idee net als bij het arbitragebeding moeten uitmonden in een wetswijziging. Voorkeur verdient om onder e en j van de Europese lijst in het Nederlandse recht om te zetten en op te nemen in art. 6:237 BW, eventueel via een wijziging van onder i resp. onder c conform art. 6:239 lid 1 BW.⁷³

69 Pavillon 2011, nr. 164-167. Zie bijv. Hof 's-Hertogenbosch 5 november 2013, ECLI:NL:

GHSHE:2013:5206, r.o. 4.3.5-4.3.6 (tussenarrest) en 8 april 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:983, r.o. 4.7; Hof Amsterdam 10 november 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4630, r.o. 2.5.2.

70 Zie bijv. Ktr. Arnhem 27 april 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BJ1729.

71 Pavillon, *TvPP* 2014, nr. 17.

72 Rb. Noord-Nederland 16 december 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:6304, r.o. 5.15.2.

73 Hiermee wordt ook voorkomen dat de rechter per abuis rechtstreeks aan de richtlijn toetst. Zolang hij de Europese lijst in het kader van de toetsing aan art. 6:233 onder a BW aanhaalt, is van directe werking echter geen sprake: vgl. ECLI:NL:PHR:2016:3, r.o. 6.23.1 en 6.37.

De omzetting van de lijst is weliswaar niet verplicht maar de genoemde onderdelen vullen een leemte in in het nationale recht. Zodoende verwordt een in de lagere rechtspraak ontwikkeld jurisprudentieel bewijsvermoeden tot een wettelijk vermoeden. De aanwending van deze 'minst subtiele slijpsteen voor de stel- en bewijslastverdeling' volgens Snijders⁷⁴ lijkt mij gerechtvaardigd met het oog op een effectieve rechtsbescherming van de consument. Zij leidt niet tot een verstoring van het huidige stelsel van stel- en bewijslastverdeling maar brengt de verdeling van de bestaande stel- en bewijslast in overeenstemming met de ambtshalve toetsingspraktijk.

74 Snijders 2015, p. 2672.